

APONTAMENTOS SOBRE A INFORMAÇÃO NO CONTRATO ELETRÔNICO

*Danilo Doneda**

RESUMO: As inovações em matéria de comunicação interativa estão estreitamente ligadas aos avanços da informática e das telecomunicações, gerando, por conseguinte, o desenvolvimento de tecnologias que proporcionaram ambiente propício para a formação de contratos. Este texto trata de algumas de suas implicações jurídicas.

Palavras-chave: Direito Eletrônico; Contratos Eletrônicos

ABSTRACT: Innovation on interactive communications are strictly linked to the advances in computer sciences and telecommunications, leading, as a result, to the development of technologies that create an environment favourable to contract formation. This paper faces some of the legal matters arisen from such changes.

Key-words: Computer Law; Eletronic Contracts

* Mestre e doutor em Direito pela UERJ. Professor do Mestrado da FDC.

A atividade comercial aperfeiçoa-se com uma troca, um intercâmbio. Também possui uma vocação imanente à sua própria expansão. As possibilidades de trocas e de expansão da atividade comercial estão diretamente ligadas às possibilidades e fronteiras estabelecidas pela tecnologia de comunicações de cada época, de onde podemos extrair o pressuposto de que tais tecnologias são decisivas para definir as características do comércio em uma dada época.

À medida que novas formas de comunicação são criadas, amadurecem e passam a ser disponibilizadas para o público em geral, o seu potencial como meio comercial não tarda a ser testado e explorado. Em relação às comunicações de tipo não-interativas (isto é, que transmitem a informação em um único sentido, sem possibilitar nenhum retorno por parte de seus destinatários) como o rádio, televisão e jornais, este aspecto amadureceu basicamente através da sua utilização como meio publicitário de massa. Por outro lado, nas comunicações dotadas de interatividade, das quais são exemplo o sistema postal, o telégrafo, o telefone, certas modalidades de TV a cabo e, hoje, a *internet*, além de também funcionarem como veículos publicitários, soma-se o fato de que elas, muito mais do que um meio para fazer uma determinada mensagem encontrar seu destinatário, podem se constituir no próprio meio sobre o qual terá lugar o comércio – e é esse justamente o fator que chama a atenção para algumas características peculiares desta modalidade de contratação.

As inovações em matéria de comunicação interativa estão estreitamente ligadas aos avanços da informática e das telecomunicações. Um dos efeitos de maior amplitude decorrente da utilização generalizada de computadores e da sua interconexão em redes foi justamente o desenvolvimento de métodos e tecnologias que proporcionaram ambiente propício para a formação de contratos. Isto pode se dar com algumas variações: (i) o computador pode funcionar meramente como uma interface entre duas partes para que estas se comuniquem e entrem em consenso sobre o contrato (como costuma ocorrer, em geral, nos contratos

realizados através de *e-mail*); ou (ii) o computador pode funcionar como uma espécie de intermediário, uma espécie de “preposto” da vontade de uma das partes, programado que foi por uma delas para apresentar uma interface que responda automaticamente aos estímulos da outra parte, possibilitando que esta interface automática possa até mesmo fornecer o consentimento de quem a programou e, desta maneira, dar origem a um contrato. Neste caso, o computador agiria também como uma espécie de simulacro da vontade de quem o programou. Neste último caso estariam incluídos, a princípio e por exemplo, os contratos realizados através de terminais bancários de auto-atendimento ou através da *World Wide Web*, por meio de *sites* de comércio eletrônico.

A profusão de transações realizadas por estes e por outros meios semelhantes justificou que a este complexo de relações viesse a se denominar como “comércio eletrônico” ou *e-commerce*. De uma forma geral, o comércio eletrônico se refere às relações comerciais de venda de informações, bens ou serviços através de redes de computadores.

A bem da verdade, além da mera utilização de computadores, o comércio eletrônico pressupõe um certo grau de automação de diversas atividades, como planejamento, logística e efetivação das declarações volitivas, a tal ponto que estas podem até mesmo ser encaradas como seu núcleo duro. Note-se, a respeito, que a referência mais longínqua ao comércio eletrônico mencionava um conjunto de atividades que, em um primeiro momento, sequer se utilizaram de computadores: em 1949, as forças armadas norte-americanas que gerenciavam o fornecimento de bens para a recém-isolada Berlim ocidental passaram a gerenciar estes fornecimentos através de um sofisticado sistema de logística que lançava mão do telex, rádio, teletipo e telefone, formando um sistema de pedidos e despachos cuja lógica e funcionamento estavam mais baseados na tecnologia que era utilizada do que propriamente em um sistema tradicional de controle de fluxo de mercadorias¹. Este sistema foi

¹ “*e-commerce*.” *Encyclopædia Britannica*, Encyclopædia Britannica 2006 Ultimate Reference Suite DVD .[Accessed December 5, 2006].

posteriormente informatizado e forneceu as bases do que veio a ser conhecido como *EDI – Electronic Data Interchange* – um padrão para a comunicação entre computadores em ambiente de transações financeiras e interbancárias.

Com o progressivo desenvolvimento das telecomunicações e da informática aliado ao acesso generalizado às novas tecnologias, formava-se o cenário para que o próprio cidadão privado tivesse a possibilidade de realizar contratos através destes meios, o que antes estava restrito aos governos ou a grandes instituições privadas. Foi este o momento preciso no qual se fez imperativa a necessidade de tratar desta realidade emergente a partir de categorias jurídicas, dado que as relações jurídicas que começavam a ser entabuladas com frequência cada vez maior exigiam uma regulação que não poderiam depender de protocolos bilaterais e acordos institucionais, como era o caso do arcabouço jurídico de caráter corporativo que caracteriza o *EDI*.

Se o fenômeno das relações comerciais realizados por meio de redes de computadores passou a ser conhecido como comércio eletrônico, o instrumento por excelência para sua realização foi denominado de contrato eletrônico. Esta locução evoca a denominação utilizada em países anglófonos (*electronic contracts*). Em outros países e mesmo no Brasil, é comum encontrar variações como “contratos telemáticos” e “contratos virtuais”, por exemplo. Em nosso país, parece prosperar a utilização do termo “contrato eletrônico”, referindo-se de forma ampla àquele contrato celebrado através de computadores em rede.

Ao preterir as demais qualificações deste contrato, deve-se atinar ao se refere o termo “eletrônico”. Não se trata de uma qualificação de caráter tipificador – como ocorre nos contratos de consumo, bancários, societários e tantos outros. No contrato eletrônico, não há alguma especificidade em relação ao objeto do contrato que resulte diretamente da adjetivação “eletrônico”. Não têm sentido, em última análise, eventuais formulações que possam associar o contrato eletrônico a determinadas tipologias contratuais, como por exemplo o contrato de adesão. A praxe revela que um grande volume dos contratos que chamamos de eletrônicos são

efetivamente contratos de adesão e, portanto, sujeitos às suas regras, porém há outros contratos que são perfeitamente paritários e não deixam de merecer da mesma forma a qualificação de contratos eletrônicos. A sinédoque presente no argumento examinado desvia a atenção do fato de que o elemento caracterizador deste tipo de contrato não é material, porém formal – o que interessa, de fato, é o meio no qual o contrato se aperfeiçoa.

Isto significa que, *a priori*, não existiriam restrições em relação ao objeto de um contrato para que este possa ser qualificado como eletrônico. Por serem caracterizados pelo seu aspecto formal, qualquer eventual restrição estaria ligada à não adequação a requisitos de forma – como, por exemplo, a impossibilidade de cumprir com determinada solenidade expressamente prevista em lei. O contrato eletrônico, portanto, não pode ser encarado como um tipo contratual específico, mas como uma modalidade de contratação que pode ser utilizada para a realização de uma série de tipos contratuais diversos. Não obstante, são justamente as características específicas da forma do comércio eletrônico que justificam seu exame em maior detalhe, conforme observaremos.

A forma do contrato se entende como o meio através do qual o ato jurídico torna-se visível ou, de acordo com Michele Giorgianni, o meio pelo qual a vontade se torna extrínseca². Tal lembrança é tanto mais oportuna pelo fato de que os contratos eletrônicos caracterizam-se como tais, conforme observamos, justamente pelo seu aspecto formal. O meio eletrônico apresenta uma série de características que vão moldar o caráter deste contrato – tornando-o, conforme o caso, mais volátil, mais ágil, menos transparente. Há, antes de tudo, uma característica particularíssima que deve ser levada em conta com a devida atenção: o meio eletrônico tem uma capacidade inaudita de atração, ao tender a canalizar para si todo o complexo de comunicações entre as partes em um contrato. Assim, no meio

² “(...) la ‘forma’ designa il mezzo con cui la volontà si estrinseca”. GIORGIANNI, Michelle. verb. “Forma degli atti (dir. priv.)”, in: *Enciclopedia del Diritto*, v. XVII. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 988-1007.

eletrônico é muito freqüente que, além das declarações de vontade em si, tenham lugar a publicidade, a pesquisa de mercado, o consenso e, em alguns casos e se possível, a própria entrega do bem ou serviço, além de uma série de relações pós-contratuais.

Desta forma, pode ocorrer que uma pessoa realize uma série de atos diversos relacionados à um contrato sempre no mesmo meio eletrônico. Diga-se de passagem que muitos dos grandes portais de comércio eletrônicos na Internet se reestruturaram nos últimos anos tendo esta tendência em mente, procurando fazer convergir o fluxo de informações referentes à transação com o comércio em si. Estes portais passaram a apresentar grande volume de informação - críticas sobre produtos, fóruns de compradores e interessados, amostras gratuitas para filmes, livros ou música, por exemplo³ - ao mesmo tempo que, no sentido inverso, outros portais que originalmente possuíam cunho meramente informativo deram passos na direção oposta, ao promover o comércio de bens e serviços relacionados às suas áreas⁴. Ainda, para o mesmo meio eletrônico convergem diversas formas de relacionamento pós-venda, como bases de dados e bases de conhecimento sobre determinados produtos e serviços, serviços de atendimento ao consumidor, programas de fidelização e outros, sempre com o fundamento de proporcionar maior interatividade com o consumidor e também de redução de custos.

Há, portanto, o fenômeno da convergência da interatividade entre as partes de um contrato para o meio eletrônico. Este meio eletrônico, conforme se afirmou há pouco, acaba por plasmar ao seu modo esta interatividade. Não é o caso propriamente da enésima evocação da metáfora de Marshall McLuhan de que "o meio é a mensagem"⁵, porém de reconhecer que as características do meio podem influenciar o comportamento e as ações que as partes podem nele praticar e, especialmente, os seus efeitos. Com todas suas especificidades, o meio eletrônico

³ Um exemplo paradigmático é a livraria on-line Amazon.com (www.amazon.com).

⁴ Vide o exemplo do Internet Movie DataBase ou, de forma genérica, em discretos lembretes publicitários presentes nas páginas de resultado de buscas efetuadas em mecanismos de busca como o Google.

⁵ Do livro *Understanding Media: The Extensions of Man*.

requer uma abordagem própria, uma linguagem específica e um usuário apto a reconhecer suas idiossincrasias.

Um dos efeitos desta convergência é uma maior facilidade em compreender o procedimento contratual na sua integralidade, sem que seja dada uma ênfase absoluta ao momento do consentimento em relação aos demais momentos específicos da relação contratual. Transpostos ao meio eletrônico, os vários atos contratuais ganham uma roupagem razoavelmente uniformizada – pré-venda, venda e pós-venda – facilitando a compreensão deste como um conjunto de atos e situações jurídicas ligadas a uma determinada relação jurídica e ressaltando quase que naturalmente alguns aspectos que em outras modalidades de contratação possam ser menos salientes, como os deveres anexos, o dever de transparência, o princípio da confiança e, de uma forma generalizada, a própria boa-fé objetiva⁶. Tal observação pode ser confirmada pela própria necessidade do comércio eletrônico baseado na *web* de procurar dar marcada ênfase ao momento em que é manifestado indubitavelmente o consentimento, marcando formalmente o nascimento do contrato em si, preocupando-se em fazer com que este momento difira das demais comunicações trocadas entre as partes na fase pré-contratual.

A utilização do termo “meio eletrônico” como o ambiente no qual o contrato se desenvolve merece uma pequena reflexão. Como símbolo de uma miríade de modalidades de intercâmbio de informações, típicas da Sociedade da Informação, sua utilização se dá de forma quase metafórica. O adjetivo “eletrônico”, referente à utilização da eletricidade, simboliza o arcabouço tecnológico por trás de um sistema formado por computadores em rede, que possibilitam as transações realizadas entre pessoas sem contato físico direto, nas várias formas em que podem se apresentar: pela

⁶ Esta seria uma leitura de certa forma positiva, que pode ser contrastada pelo reconhecimento de visões diversas como a de Natalino Irti, segundo o qual em diversos contratos realizados através da Internet (em particular nos chamados de *point and click agreement*, aperfeiçoados com um toque do mouse) dariam-se, de fato, verdadeiras trocas sem acordo, um *contrahere* sem *consentire*, diminuindo a participação da vontade humana na formação do contrato até a margem de seu quase desaparecimento. Natalino Irti. “Scambi senza accordo” in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1998, pp. 347 ss., esp. P. 360.

Internet, com o uso de terminais bancários automáticos, através do telefone celular etc. Chame-se a atenção para o fato de que o elemento que vai caracterizar o que veio a se entender por “contrato eletrônico” está intimamente ligado à natureza do tratamento da informação dentro da fenomenologia do contrato.

A bem da verdade, o tratamento da informação contratual, entendida em sentido amplo, é o cerne da questão. Se este tratamento ocorre através de meios eletrônicos, é justamente porque a infra-estrutura hoje utilizada para o intercâmbio de informação baseia-se na computação eletrônica. Não se deve relevar, no entanto, que novos paradigmas para o tratamento da informação estão em pleno desenvolvimento e possam vir a ganhar as ruas em um futuro próximo, como a computação quântica ou biológica; ou então que as ferramentas de comunicação penetrem de forma capilar e quase invisível em nosso cotidiano (vide o fenômeno da *ubiquitous computing*) de forma a dificultar a própria individuação do meio (ou meios) no qual surge o contrato⁷.

A opção pela qualificação das transações compreendidas como contratos eletrônicos a partir da modalidade da comunicação realizada entre as partes apresenta a vantagem de não fazer com que a caracterização deste contrato dependa de elementos ligados diretamente a um determinado paradigma tecnológico, o que diminui o risco de que surjam ulteriores situações carentes de uma regulação jurídica adequada. Além disso, esta técnica é maleável de forma a poder se adaptar aos vários usos possíveis da tecnologia. Uma das opções neste sentido, que podemos mencionar como exemplo, é a adoção do critério da separação entre as partes que se utilizam de técnicas de comunicação à distância para caracterizar uma série de contratos que serão tratados com regras homogêneas, dentre os quais os contratos eletrônicos.

⁷ Mencione-se, como ilustração, o crescente papel do telefone celular, cujas funções vão sempre mais além da mera conversação e que tende a se tornar uma verdadeira extensão da própria pessoa – uma “prótese eletrônica”, para Stefano Rodotà, ou o “controle remoto para a vida”, segundo o periódico *The Economist*. “The phone of the future”, 30/11/2006.

A União Européia pode ser mencionada como exemplo neste sentido. Ao tratar do comércio e do contrato eletrônico, ela optou por estabelecer o marco regulador do contrato eletrônico na sua Diretiva 97/7/CE, sobre comércio eletrônico, em cujo art. 2º vem estabelecido o que se entende por contrato à distância:

Qualquer contato relativo a bens ou serviços, celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integra em um sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor, que, para este contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até a celebração do contrato, incluído a própria celebração.

Preferiu o legislador europeu, portanto, uma qualificação que compreendesse de modo geral as “técnicas de comunicação à distância”, possibilitando, como mencionamos, que ela permaneça adaptável para futuros desenvolvimentos destas técnicas.

A partir da vinculação do contrato eletrônico à comunicação à distância, podemos definir que o elemento capital a definir o perfil deste meio eletrônico é justamente aquele que define o regime do fluxo de informações entre as partes. É deste fluxo, realizado por meios informatizados, que derivam as características que tornam o contrato eletrônico peculiar e justificam um exame detido desta nova modalidade de contratação.

Um exame do contrato eletrônico em torno do eixo do fluxo de informações leva à necessidade de considerar o elemento objetivo primário que pode revelar algo sobre suas características, que é justamente a informação. A informação, em si, é um tema tradicionalmente opaco à análise jurídica, que tradicionalmente costuma se ocupar apenas de certos efeitos⁸.

⁸ Como exemplo, tome-se os casos nos quais a informação preenche os requisitos para se tornar um bem jurídico merecedor de tutela do direito de autor, ou, então, os casos onde a livre expressão é protegida como meio para garantir a liberdade de informação.

A natureza da informação é de ser comunicada ou, ao menos, de ser comunicável; neste seu aspecto funcional, ela é um elo entre um emitente e um destinatário. Pierre Catala ilustra este aspecto ao especular sobre um hipotético artigo primeiro de uma lei sobre o “Direito da informação”, no qual se leria que “toda mensagem comunicável a alguém por um meio qualquer constitui uma informação”⁹.

Também Norbert Wiener adota um conceito semelhante de informação, ampliando ainda mais este aspecto relacional. Para ele, a informação é “o termo que designa o conteúdo daquilo que permutamos com o mundo exterior ao ajustar-nos a ele, e que faz com que o nosso ajustamento seja nele percebido. O processo de receber e utilizar informações é o processo de nosso ajuste às contingências do meio ambiente e do nosso efetivo viver neste ambiente”¹⁰.

A informação, portanto, independe do suporte ou do meio do qual se serve para ser comunicada; não precisa de uma base material e é, de acordo com o mesmo Pierre Catala, “um produto autônomo e anterior a todos os serviços dos quais pode ser o objeto”¹¹.

O que hoje justifica a pertinência de uma análise específica da informação é uma maior desenvoltura na sua manipulação, desde a sua coleta e tratamento até a sua comunicação. Aumentando-se a capacidade de armazenamento e comunicação de informações através da informática, aumenta também a variedade de formas com as quais ela pode ser apropriada ou utilizada. Sendo maior sua utilidade, mais e mais ela se torna um elemento fundamental para um crescente número de relações e aumentam suas possibilidades de influir em nosso cotidiano¹². Conforme notou Stefano Rodotà ainda em 1973, “(...) a novidade

⁹ Pierre Catala. “Ebauche d’une théorie juridique de l’information”, in: *Informatica e Diritto*, ano IX, jan-apr. 1983, p. 19.

¹⁰ Norbert Wiener. *Cibernética e sociedade*, cit., p. 17.

¹¹ Pierre Catala, “Ebauche d’une théorie juridique de l’information”, cit., p. 17.

¹² “La informazione come servizio postula l’informazione come bene. L’assenza di tutela degli investimenti nel settore significherebbe creare una zona franca dominata da un precario parassitismo, con grave danno sia per le imprese sia per l’intero sistema, anche istituzionale, che fa perno sulla partecipazione informata”. Pietro Perlingieri. “L’informazione come bene giuridico”, in: *Rassegna di diritto civile*. 2/90, p. 329.

fundamental introduzida pelos computadores é a transformação de informação dispersa em informação organizada”¹³.

A informação foi, de certa forma, “funcionalizada” com o seu tratamento através de computadores. Abriu-se um leque de novas modalidades de interação e, como em todo meio onde esta ocorre, este era um meio propício a servir de base para a realização de contratos.

O fluxo de informações por redes de computadores apresenta como características básicas uma extrema fluidez, velocidade e independência de suportes físicos concretos. Tais características estão na raiz dos problemas clássicos hoje enfrentados na regulação do contrato eletrônico.

A fluidez do fluxo de informações em rede possibilita que as distâncias e barreiras geográficas não sejam, *a priori*, um empecilho para a comunicação. Esta, em regra, pode se dar sem maiores traumas a despeito da distância, sem diminuição da sua qualidade, confiabilidade e rapidez. É verdade, porém, que este quadro hoje se apresenta levemente alterado pela imposição, em casos específicos, de barreiras virtuais na própria estrutura da rede de computadores que podem se tornar verdadeiros obstáculos à este quadro algo utópico da onipresença da rede (vide, p.ex. o caso do *great firewall of China*¹⁴ ou, em outra chave, algumas limitações à livre comunicação na rede recentemente propostas por empresas de comunicação¹⁵, que podem significar que em uma futura Internet comercial, algumas informações tenham status privilegiado enquanto outras não – e estas não teriam a garantia de encontrar caminho livre pela rede).

A velocidade no fluxo de informações implica na diminuição drástica do elemento tempo nas comunicações

¹³ Stefano Rodotà. *Elaboratori elettronici e controllo sociale*. Bologna: Il Mulino, 1973, p. 14.

¹⁴ Isto é, o bloqueio sistemático na *internet* de conteúdo considerado indesejável pelo governo chinês.

¹⁵ Trata-se da ambição de grandes companhias de telecomunicações de estabelecer prioridades para determinadas categorias de dados que são transportados por suas estruturas de telecomunicações, em detrimento de outras categorias, gerando uma hierarquização no fluxo de informações na *internet*.

realizadas por redes de computadores. Em conjunto com a fluidez, poder-se-ia alegar que tal fluxo de informações implicaria na virtual supressão dos elementos tempo e espaço nesta modalidade de comunicação, tornando possível uma situação na qual qualquer informação possa, em tese, ser enviada para qualquer lugar do mundo em um lapso de tempo tão ínfimo a ponto de poder ser, para a maioria dos efeitos, desconsiderado. Novamente, em relação à velocidade, cabem as ressalvas já feitas a respeito da fluidez, pela qual algumas modificações na arquitetura da rede podem criar lapsos artificiais de tempo para que uma comunicação chegue ao seu destinatário

Por fim, a independência de suportes físicos concretos faz referência a que os meios utilizados para o processamento, transmissão e armazenamento das comunicações eletrônicas não são, a princípio, os mais adequados possíveis à produção probatória típica para efeitos jurídicos. Obviamente, toda a comunicação se processa por meios físicos concretos, porém não há um suporte específico ao qual uma informação ficaria vinculada, como ocorre, por exemplo, com um determinado instrumento particular que estaria vinculado ao papel no qual se encontra escrito.

Estas características do fluxo de informações em rede foram destacadas, entre outras, para ressaltar sua estreita vinculação com o que é, hoje, o cerne da problemática específica da contratação eletrônica, que podemos resumir como sendo (i) problemas resultantes da dimensão espacial da rede e da contratação à distância; (ii) critérios para fixação dos momentos de formação do contrato e de realização de atos a ele referentes; (iii) a dificuldade probatória. Afora estes, outros problemas conexos surgem na contratação eletrônica, como por exemplo as questões referentes à privacidade e ao tratamento dos dados pessoais das partes envolvidas.

A primeira questão, referente à dimensão espacial, manifesta-se na ampliação do âmbito territorial de atuação dos contratantes. Com a facilidade da informação em contornar longas distâncias, tornou-se usual o estabelecimento de relações

contratuais entre pessoas situadas em locais bastante longínquos. A *internet*, que várias vezes é referida como um “espaço virtual”, ou um “mundo sem fronteiras”, é em grande parte responsável por esta nova configuração, que deu um grande impulso à contratação internacional.

Dadas as condições para o acesso a mercados estrangeiros pela *internet*, porém, surge o problema de estabelecer o lugar de celebração do contrato para todos os efeitos. A adoção do critério da *locus regit acium*, de nossa Lei de Introdução ao Código Civil, art. 9º, §2º e do CC, art. 435, deixa a descoberto os consumidores que, usuários do comércio eletrônico, enfrentariam imensa dificuldade para obter acesso à justiça em outros países sempre que surja a necessidade. Sendo um contrato de consumo, porém, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro estabelece que há de ser aplicada a lei do domicílio do consumidor, bem como será o foro de seu domicílio aquele adequado para dirimir eventuais litígios (CDC, 6º, VII). Em um grande número de casos, porém, a impossibilidade de localizar o fornecedor ou representante deste no território nacional aliada a uma dificuldade em operar com uma jurisdição estrangeira, abre-se um espaço no qual o fornecedor na prática não poderia ser alcançado.

Tal problema vem sendo enfrentado por organismos internacionais que procuram estabelecer normas básicas para a contratação internacional *on-line*, dos quais um exemplo é novamente a União Européia que, com sua Diretiva sobre Comércio Eletrônico de 2002, procura unificar o espaço europeu no que diz respeito a mercado eletrônico de consumo. Na doutrina e legislação estrangeira também são perceptíveis tentativas de harmonizar esta demanda por parte dos consumidores com as possibilidades dos fornecedores que, ante o risco de submeterem-se a leis que os responsabilizem em diversos mercados estrangeiros, podem decidir simplesmente por não atendê-los, diminuindo a possibilidade de escolha do consumidor e dando um passo atrás justamente em um dos grandes atrativos do *e-commerce*, que é a expansão da oferta. Um exemplo é a doutrina do direcionamento do fluxo comercial (*stream of commerce*),

que apregoa que o fornecedor dirige a oferta a uma determinada zona geográfica ou país e nesta é plenamente responsável. Como a oferta pode ser visível por consumidores situados fora desta zona de direção, sustenta-se que tais consumidores, conscientemente, podem eventualmente até mesmo realizar contratos com o fornecedor, porém em caso de litígio este consumidor fora do fluxo comercial principal estaria impossibilitado de levar o caso à resolução em seu foro de domicílio.

Em relação à velocidade, isto é, ao tempo do contrato, há uma outra questão a considerar. O contrato eletrônico pode ser considerado tanto como um contrato entre presentes como entre ausentes, dependendo para isto justamente da natureza do fluxo de informações no momento da formação do contrato.

A bem da verdade, a terminologia “entre presentes” ou “entre ausentes” caminha para se tornar uma designação totalmente inadequada para a realidade que se deseja apresentar. Considerado-se o fator geográfico, o contrato eletrônico é, salvo exceções especialíssimas, um contrato no qual as partes não têm contato físico direto (ou, caso o tenham, deste não fazem uso). A tal ponto é assim que o legislador europeu, conforme vimos, optou por regular o contrato eletrônico dentro da disciplina do contrato à distância. Queremos dizer, portanto, que em um plano espacial as partes estão distantes, e não “presentes”.

O paradoxo da terminologia em questão é que o contrato “entre presentes” hoje é qualificado em função da sincronicidade do fluxo de informações em sua formação, sem levar em conta o plano topológico no qual possam se localizar as partes. Esta não é uma novidade introduzida pelos computadores ou pela *internet* – lembre-se da equiparação do contrato realizado pelo telefone ao contrato entre presentes, já presente no Código Civil de 1916 após revisão.

Havendo sincronicidade na comunicação entre as partes, considerar-se-á para os devidos efeitos o contrato realizado entre presentes. Isto ocorre com contratos realizados na Internet via *chat*, através de meios de transmissão de voz VoIP¹⁶ e, no mais

¹⁶ *Voice over IP*, uma tecnologia que permite que a conversa por voz seja transmitida

das vezes, nos contratos realizados através de *sites* de comércio eletrônico (no qual a vontade de uma das partes é representada pelo programa que a externa). Fora da *internet*, um exemplo são os terminais bancários de auto-atendimento.

Outros contratos, mesmo se realizados através da *internet*, podem ser considerados contratos entre ausentes, quando a comunicação entre as partes não é síncrona: vide aqueles nos quais as informações são transmitidas através de *e-mail*, nos quais não pode se pressupor a imediata cognição pela outra parte do conteúdo de uma mensagem enviada.

Sobre o outro problema, relacionado à ausência de suportes físicos concretos para a informação transmitida por redes de computadores, surge a necessidade de utilizar um instrumento específico e que, para que surta plenamente seus efeitos, necessita de regulamentação própria, o documento eletrônico.

Em uma primeira abordagem, pode-se considerar como documento eletrônico todo registro que tem como meio físico um suporte eletrônico. Dada a possibilidade física do registro de dados neste tipo de suporte, a princípio não existiriam empecilhos para a utilização do meio eletrônico nas diversas fases de realização do contrato, considerado o primado do princípio da liberdade de forma no direito brasileiro (Código Civil, art. 107, considerando ainda o art. 332 do Código de Processo Civil) – isto sempre que a lei não exigir uma determinada formalidade que não possa ser executada no suporte eletrônico.

Algumas dificuldades impedem que esta utilização seja isenta de riscos, em especial a permeabilidade natural do suporte eletrônico para a alteração de informações sem que isto seja facilmente detectável. Além deste fato tornar necessário em diversas ocasiões o recurso a uma perícia especializada, ele colabora para um sentimento generalizado de desconfiança em relação ao uso do meio eletrônico em determinadas fases do contrato – em especial no momento da contratação em si.

Neste ponto, uma previsão normativa é essencial para proporcionar maior segurança e efetividade tanto aos atos não-

através da rede *internet* e outras redes que utilizem comunicação por pacotes.

solenes realizados por meio eletrônico quanto para possibilitar que certas solenidades tenham seus correspondentes neste meio. No Brasil, a Medida Provisória 2.200-2 instituiu com tal finalidade o sistema de Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), que estabelece a presunção de que são verdadeiras as declarações constantes de documentos eletrônicos certificados por entidades credenciadas junto a tal sistema.

A Medida Provisória admite, ainda, a prova de autoria e integridade de outros documentos eletrônicos desde que reconhecidos pelas partes como válidos ou aceitos pela pessoa a quem sejam opostos.

Além destes pontos principais, diversas outras variáveis acabam também por serem introduzidas na disciplina tradicional da contratação quando por meio eletrônico. Uma delas diz respeito ao tratamento dos dados pessoais das partes envolvidas, que pode caracterizar violação da privacidade e/ou das comunicações e induzir a situações onde há o controle indevido de uma parte pela outra.

A contratação eletrônica é extremamente sensível a esta questão, pelo simples fato de que o fluxo de informações ocorre por meio eletrônico, que é extremamente passível de ser controlado, armazenado, copiado e utilizado, mesmo para fins diferentes que apenas a execução do contrato.

O jurista contemporâneo tem duas missões que por vezes se revelam antitéticas: assimilar as inovações proporcionadas pelo avanço tecnológico atento, porém, ao risco de nelas identificar uma grandeza e influência exagerada e desproporcional. A necessidade de aguardar pelo impacto social e jurídico da utilização de uma nova tecnologia antes de contextualizá-la acaba por ser a opção ditada pela prudência, mesmo ante eventuais protestos pelo seu pretenso “atraso”.

No caso do contrato eletrônico, observa-se que a sua utilização – pode-se hoje dizer – massificada prescindiu de uma preparação normativa de maior porte, ao menos no caso do ordenamento brasileiro. Não se discute nesta sede do mérito deste proceder, porém cabe observar que o ambiente atual nos permite afirmar que, ao final, as modificações na disciplina do contrato para adequar-se à nova realidade informatizada

assemelham-se mais a correções pontuais de rumo do que a uma mudança paradigmática na própria disciplina contratual.

Se há uma mudança paradigmática que mereça destaque, no entanto, esta seria referente aos efeitos jurídicos da informação e de seu fluxo, esta sim capaz de fazer sentir efeitos por todo o ordenamento e em particular na disciplina dos contratos. Mostra-se, portanto, profícua a análise e delineamento do direito contratual a partir da informação e, de uma forma mais sistematizada, das categorias da Sociedade da Informação.

Referências:

CATALA, Pierre. “Ebauche d’une théorie juridique de l’information”, in: *Informatica e Diritto*, ano IX, jan-apr. 1983.

Encyclopædia Britannica, Encyclopædia Britannica 2006 Ultimate Reference Suite DVD .[Accessed December 5, 2006].
GIORGIANI, Michelle. *Enciclopedia del Diritto*, v. XVII. Milano: Giuffrè, 1964.

IRTI, Natalino. “Scambi senza accordo” in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1998.

RODOTÀ, Stefano. *The Economist*. “The phone of the future”, 30/11/2006.

RODOTÀ, Stefano. *Elaboratori elettronici e controllo sociale*. Bologna: Il Mulino, 1973.